

# A PRESUNÇÃO DE CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO

R: 15.05.2016; A: 14.06.2016

*Carolina Valença Ferraz\**  
*Glauber Salomão Leite\*\**

**RESUMO:** O presente trabalho versa sobre o novo paradigma da presunção de capacidade civil da pessoa com deficiência, prevista na Lei Brasileira de Inclusão. De acordo com a referida norma, toda pessoa com deficiência tem assegurado o exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. A pesquisa descreve o alcance dessa norma e verifica que essa nova sistemática é oriunda da consolidação do modelo social de deficiência previsto na Convenção da ONU sobre o tema.

**Palavras-chave:** Deficiência. Capacidade. Pessoa.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre uma das principais modificações introduzidas pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015)<sup>1</sup>: a presunção de capacidade civil plena da pessoa com deficiência.

A nova lei, que entrou em vigor em janeiro do corrente ano, assegurou de forma expressa o direito à capacidade civil a todas as pessoas com deficiência, resultando, inclusive, na revogação de boa parte da sistemática prevista no Código Civil acerca do instituto.

De modo que, a partir dessa inovação legislativa, depreendem-se os seguintes problemas: qual o alcance e quais os efeitos da presunção de capacidade legal da pessoa com deficiência?

O trabalho está dividido em duas partes. Na primeira, é feita uma análise da evolução da proteção conferida à pessoa com deficiência, desde o modelo de prescindência, passando pelo modelo médico, até a concepção atual, denominada de modelo social. Com isso, são delineados os pressupostos que levaram à fixação do regime jurídico da capacidade civil nos moldes hodiernos. A segunda parte, por sua vez, está calcada na temática central do

---

\* Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/PUC-SP. Professora do Programa de Mestrado em Direito e da Graduação em Direito do Centro Universitário de João Pessoa/UNIPÊ. Professora da Universidade Católica de Pernambuco/UNICAP e da Faculdade Integrada de Pernambuco/FACIPE. E-mail: carolina-vf@uol.com.br.

\*\* Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/PUC-SP. Professor do Programa de Mestrado em Direito e da Graduação em Direito do Centro Universitário de João Pessoa/UNIPÊ. Professor da Universidade Estadual da Paraíba/UEPB, da Faculdade Integrada de Pernambuco/FACIPE e da Faculdade ASCES. E-mail: glaubersalomaoleite@gmail.com.

<sup>1</sup> Que passará a ser abreviada, no presente trabalho, como LBI.

trabalho e faz uma análise da presunção de capacidade civil prevista na Lei Brasileira de Inclusão.

Trata-se de pesquisa exploratória, pautada na análise de material bibliográfico já produzido sobre o tema. Com isso, o artigo focou o disposto em livros, artigos científicos e legislação sobre o assunto, revelando-se, assim, pesquisa eminentemente dogmática.

## **1 A PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA EM IGUALDADE DE CONDIÇÕES COM AS DEMAIS PESSOAS**

Historicamente, a deficiência sempre foi associada a algo negativo, sentimento de perda, de menos valia. Ainda hoje, não são raros os casos em que a deficiência é descrita como uma tragédia pessoal, origem de tristeza e de muito pesar. Nessa linha de pensamento, a pessoa com deficiência seria alguém incapaz de levar uma vida independente, vez que, em razão de limitações físicas, sensoriais, mentais ou intelectuais, não conseguiria manter-se sozinha, o que a levaria a depender permanentemente de sua família ou do Estado, tendo pouco ou nada a contribuir, portanto, com a sociedade. Chega-se ao extremo de indagar, diante de um caso de deficiência mental ou intelectual mais severa, se aquela seria uma vida realmente digna de ser vivida.

Na Antiguidade Clássica e na Idade Média, a concepção de deficiência tinha caráter religioso, baseada na noção de que uma pessoa com limitação funcional seria absolutamente desimportante, desnecessária, a partir de explicações díspares como “ser fruto da ira dos deuses”, “resultado de pecado cometido pelos pais”, “obra do diabo” etc. Este modelo, que ficou conhecido como de *prescindência*, pautava-se na ideia de que, por nada terem a contribuir, a sociedade poderia prescindir de tais pessoas, através de práticas eugênicas (como o infanticídio) ou de isolamento social, relegando-as aos espaços destinados aos pobres e aos marginalizados, em um processo agudo de exclusão (PALACIOS; BARIFFI, 2007, p. 13-15).

Posteriormente, a deficiência passou a ser concebida em outra perspectiva: biomédica. No início do século XX, com o fim da Primeira Guerra Mundial (que resultou em um número expressivo de pessoas feridas e mutiladas em combate), consolidou-se o modelo médico ou reabilitador, que explicava a deficiência a partir de causas científicas (PALACIOS; BARIFFI, 2007, p. 15-16).

O conceito tradicional de deficiência foi fomentado com base nessa perspectiva, tendo sido incorporado ao direito internacional e às legislações nacionais a partir desse período. Nessa ordem de ideias, a deficiência seria oriunda das disfunções físicas e psíquicas apresentadas pelos indivíduos. Todas as limitações e privações sofridas por tais pessoas seriam de ordem estritamente médica, decorrência do fato de estarem fora dos padrões considerados “normais”. As desigualdades sociais e econômicas, bem como a exclusão da cidadania, seriam fruto tão somente desses fatores biomédicos.

Esse modelo, portanto, individualizava a deficiência, que estava calcada na enfermidade da pessoa, em sua condição de saúde, física e mental.

A título de exemplo, a exclusão social vivenciada por uma pessoa cega, marcada por dificuldades de deslocamento físico, de acesso à educação formal, inclusão ao mercado de trabalho etc., decorreria apenas de sua limitação visual, que estaria distante do padrão atribuído ao homem comum, médio.

Com isso, na medida em que a deficiência fosse um problema individual, oriunda de uma disfunção da própria pessoa, a solução para as referidas limitações seria de natureza médica, pautada no processo de reabilitação do indivíduo, centrado na erradicação da patologia que, enfim, permitiria “normalizar” o paciente, reajustando as funções corporais e mentais ao padrão dominante. Em suma, o fim do processo de exclusão vivenciado pela pessoa com deficiência dependeria tão somente da sua cura.

O reconhecimento da deficiência como uma questão de ordem pessoal, estritamente privada, implicava em desobrigar as demais pessoas ou o Estado do dever de adotar qualquer medida para eliminar as barreiras que geravam a exclusão dos indivíduos com alguma disfunção corporal ou mental.

O modelo em comento estava fortemente alicerçado na figura de um padrão de saúde a ser alcançado por todos, na imagem do homem “normal”, *standard* de pessoa, de modo que os atributos e caracteres que se distanciassem desse paradigma seriam considerados patológicos. Deste modo, as diferenças não eram reconhecidas como parte da diversidade humana, devendo, na verdade, ser eliminadas ou ao menos camufladas.

As pessoas que estavam fora dos padrões físicos e psicológicos, portanto, eram consideradas anormais, na medida em que se distanciassem daquilo considerado natural. A exemplo do que historicamente ocorrera com outros grupos vulneráveis, como mulheres, negros e homossexuais, o argumento de se estar em desconformidade com as práticas ou

parâmetros ditos naturais, também serviu para fomentar a exclusão e o preconceito contra as pessoas com deficiência.

Não custa lembrar que definir um standard, um padrão, a partir da disfunção do corpo ou da mente, mediante a definição de um estado “natural” e, por conseguinte, “normal”, já traz embutido um juízo de valor, vez que a identificação do que seria considerado natural depende necessariamente do referencial utilizado, não havendo neutralidade nessa análise. Essa definição necessariamente tem caráter relacional, uma vez que é artificialmente construída, a partir de elementos sociais e culturais, com base em parâmetros comparativos previamente definidos. Estamos, assim, na esfera da cultura e não da natureza.

Longe de promover a diferença e a pluralidade nas relações sociais, esse modelo, ao se fixar na necessidade de padronização no modo de ser, de pensar e de agir, em verdade sepultava qualquer possibilidade de preservação da identidade das pessoas com deficiência. O objetivo era exatamente inverso, de fomentar a assimilação cultural dessas pessoas, importando em sua subjugação e supressão da individualidade.

Na medida em que eram considerados doentes e inválidos, essas pessoas não poderiam aspirar ao ingresso no mercado de trabalho nem ao acesso a direitos elementares, enquanto não fossem efetivamente curados, enquanto não se submetessem ao processo de reabilitação.

Destarte, a pessoa com deficiência não era reconhecida enquanto sujeito de direitos e deveres como qualquer outra pessoa, mas tão somente como o destinatário de práticas assistencialistas e de caridade.

Reflexo disso é que a assimilação desse modelo pelo direito positivo significou a tutela jurídica da pessoa com deficiência de forma bastante limitada, por meio de normas de assistência e seguridade social ou que enfatizavam a necessidade de cuidados e de representação negocial, que, no Brasil, quanto a esse último aspecto, deu-se através do instituto da curatela, distante, portanto, de uma proteção baseada na promoção da igualdade material e da autonomia da vontade.

Pelo exposto, é bastante evidente que a passagem do modelo de *prescindência* para o modelo reabilitador não foi suficiente para eliminar as desigualdades e o processo de exclusão vivido pela pessoa com deficiência, por não ter propiciado os meios necessários para a sua independência e acesso à cidadania.

A partir da década de 70 do século XX, novos estudos sobre deficiência passaram a ser desenvolvidos, especialmente nos Estados Unidos, com foco na garantia de vida independente e na promoção de direitos civis às pessoas com disfunção física ou mental,

consolidando o que o sociólogo britânico Mike Oliver, anos depois, denominou de modelo social de deficiência (OLIVER, 1998, p. 42).

Contrapondo-se ao modelo médico ou reabilitador, esse novo paradigma está assentado em dois argumentos básicos: primeiro, é necessário distinguir a limitação do corpo ou da mente (que é considerada um atributo da pessoa), da deficiência, pois, enquanto aquela é um atributo físico, sensorial ou psicológico, inerente à própria pessoa, esta é proveniente de barreiras sociais e culturais que implicam na exclusão da pessoa que está fora dos padrões majoritários; segundo, na medida em que a deficiência não tem caráter individual, por não se caracterizar com uma patologia que deveria ser curada, por se tratar, na realidade, de restrições presentes no meio, de cunho estrutural, significa que a responsabilidade de alterar esse quadro, a fim de permitir que todos tenham acesso aos mesmos direitos, a partir de uma noção ampla de acessibilidade e de promoção da cidadania, é da sociedade e do Estado.

A título de ilustração, imagine a hipótese de um cadeirante que, no fim de semana, não consegue ir ao cinema, pois, ao tentar o transporte público, depara-se com o fato de a frota de ônibus não estar adaptada para receber alguém com as suas características, pelo fato de o veículo não dispor de elevador para acesso da cadeira de rodas. Se o caso fosse explicado a partir do modelo reabilitador, o problema seria resultado do fato de alguém com uma patologia estar tentando fazer uso do transporte coletivo. Com isso, a solução seria submeter essa pessoa aos tratamentos médicos disponíveis, a fim de que ela fosse curada dessa anomalia e, a partir daí, finalmente ajustada ao padrão de normalidade vigente, pudesse fazer uso do transporte urbano como qualquer outra pessoa. Com o modelo social, todavia, a limitação física apresentada pelo cadeirante é reconhecida como um atributo pessoal, devendo esse elemento ser respeitado e preservado por sua relevância na formação da identidade subjetiva, como o sexo, a orientação sexual, o gênero, a etnia etc. Nessa linha de raciocínio, a deficiência estaria não nesse atributo físico peculiar do cadeirante, mas no ambiente inacessível, no fato de o veículo não estar materialmente preparado para transportar pessoas com características físicas variadas, o que, na prática, levará à exclusão de todos os passageiros que não se enquadrarem no *standard* de “pessoa comum”.

O problema, portanto, não teria natureza pessoal, vez que a limitação de deslocamento do usuário de cadeira de rodas é reconhecida não como um desvio do padrão de normalidade, mas como parte da diversidade humana. O obstáculo, na verdade, seria de ordem estrutural, decorrente do fato de o veículo não ter sido desenhado e fabricado levando

em consideração que seria utilizado por pessoas com atributos físicos marcados por enorme multiplicidade.

O mesmo raciocínio, obviamente, é aplicável às outras limitações: sensoriais, mentais e intelectuais. Desta forma, a origem da deficiência deixou de ser identificada nessas disfunções do corpo e da mente, passando a ser reconhecida, em realidade, na incapacidade de a sociedade atender e recepcionar essas pessoas com atributos peculiares, que fogem ao padrão social vigente.

É na avaliação negativa desses atributos, pela sociedade, ao considerar incapacitadas as pessoas que ostentam esses traços caracterizadores, que a deficiência se localiza, resultando em um quadro de exclusão e de cerceamento de direitos.

São as barreiras econômicas, culturais, arquitetônicas, atitudinais, dentre outras, que geram a exclusão das pessoas com deficiência e não os fatores biomédicos. Não são os fatores intrínsecos que oprimem e discriminam, e sim os fatores extrínsecos.

E essas barreiras são muitas: locais públicos e de uso coletivo sem as adaptações necessárias para permitir o trânsito de pessoas com deficiência física e sensorial, recusa de matrícula de crianças e adolescentes com deficiência mental ou intelectual em escolas da rede pública e particular de ensino, a não aceitação de pessoas com deficiência no mercado de trabalho ou a contratação tão somente para subempregos etc.

Fica bastante marcado, assim, o caráter relacional da deficiência, vez que esta é fomentada exatamente na interação das pessoas com alguma limitação funcional com o restante da sociedade, residindo aí, nos obstáculos erigidos nesse processo, as restrições que impedem ou dificultam o exercício dos direitos fundamentais por esse grupo populacional.

Em última análise, portanto, significa dizer que, em termos conceituais, a deficiência é produzida pelas pessoas que não têm deficiência, pois são elas que criam e sedimentam as restrições que determinam esse quadro de exclusão social, econômica e cultural. É exatamente por esse motivo que as medidas necessárias à supressão desses obstáculos constituem obrigação de toda a sociedade, podendo ser imposta de forma ampla.

A deficiência, desta forma, é concebida como opressão social, por ser proveniente de uma estrutura que não é apta a acolher todas as pessoas, independentemente de suas particularidades. Por esse motivo, a solução a esse problema é política e não de natureza médica, pautada na cura ou na supressão de anomalias (DINIZ, 2003, p. 2).

É possível afirmar, sem nenhum exagero, que o modelo em análise tem caráter verdadeiramente revolucionário, na medida em que consolida a ideia de que, desde que as barreiras sociais sejam eliminadas, as pessoas com deficiência têm plenas condições de levar

uma vida independente, integrada e produtiva, sendo capazes de exercer de forma irrestrita sua autonomia individual, podendo (devendo!) definir os rumos da própria existência.

Apenas com o advento do modelo social a pessoa com deficiência passa, finalmente, a ser reconhecida como sujeito de direitos e deveres em igualdade de condições com as demais pessoas, deixando de ser mero destinatário de políticas assistenciais, de base paternalista.

A tutela dos interesses da pessoa com deficiência, com isso, ganha o posicionamento correto, que é a da proteção como questão de direitos humanos, devendo-se legar ao esquecimento todas as políticas meramente paliativas e de caráter assistencialista.

Nesse contexto de proteção da pessoa com deficiência como questão de direitos humanos, é expressão maior a Convenção da ONU aprovada no ano de 2006, em Nova York. A Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência é a norma internacional mais importante a respeito dessa temática, e está em conformidade com a política da Organização das Nações Unidas de conferir tutela especial a grupos populacionais em situação de vulnerabilidade, decorrente de processos históricos de exclusão e discriminação.

De caráter vinculante, o tratado internacional reafirma os princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, no tocante às pessoas com deficiência. Por isso mesmo, a rigor não criou novos direitos, na medida em que focou em como os direitos já assegurados deveriam ser adaptados para o contexto da deficiência.

O Brasil, além de signatário da Convenção da ONU, incorporou o tratado ao direito nacional em 2008, com *status* de emenda constitucional, através do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho, por força do disposto no § 3º, do art. 5º da Constituição Federal.

## **2 A PRESUNÇÃO DE CAPACIDADE CIVIL NA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO**

Apenas com o advento do modelo social a pessoa com deficiência passou a ser reconhecida enquanto sujeito de direitos. Com isso, o paradigma passou a ser o reconhecimento dos mesmos direitos fundamentais em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo intuitivo, portanto, que esse tratamento isonômico pressupunha não apenas a titularidade dos direitos, mas também o seu exercício.

Era efeito lógico da realização dos direitos fundamentais, em favor da pessoa com deficiência, uma modificação profunda na sistemática jurídica da capacidade civil, conforme operado na Lei Brasileira de Inclusão (LBI).

É importante destacar que essa mudança de rumo seria impossível sob a égide do modelo médico, que reconhecia a pessoa com deficiência tão somente como um inválido. Nesses termos, as respostas que o Estado oferecia se resumiam a medidas de caridade e assistencialistas, que eram tidas como suficientes, uma vez que a pessoa com deficiência, por estar fora dos padrões de “normalidade”, não passaria de um doente, alguém digno tão somente de alguns cuidados.

Sob essa rubrica, tradicionalmente havia uma associação direta entre deficiência e incapacidade civil, especialmente em relação às pessoas com deficiência mental ou intelectual. No plano social, era possível falar em verdadeira presunção de incapacidade absoluta sempre que a pessoa fosse identificada com alguma limitação funcional dessa natureza. Na esfera do direito, laudo médico que atestasse esse fato era suficiente para a decretação da incapacidade de agir.

E, conforme o paradigma médico, o modelo de substituição da vontade seria o referencial adequado, normalmente sob a forma da curatela, para restringir o direito à capacidade civil da pessoa com deficiência. A nomeação de alguém, o curador, que passaria a agir em nome e no interesse do incapaz, teria o condão de tutelar suficientemente aquele que, em tese, não teria condições de decidir por si nem praticar pessoalmente atos ou negócios jurídicos de nenhuma espécie.

Por tais motivos é que, na esfera da legislação infraconstitucional, a nova sistemática da capacidade civil da pessoa com deficiência, instituída pela Lei Brasileira de Inclusão, é não apenas nova, mas revolucionária.

Pode-se dizer que existe um tratamento jurídico conferido à matéria antes da vigência da referida lei e outro, fundamentado em novos princípios, após a sua entrada em vigor.

Todavia, é indispensável ressaltar que a presente sistemática é não só um marco normativo na evolução histórica da matéria, mas a pedra inaugural, em certa medida, foi estabelecida antes, com o advento da Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, que trouxe como um dos preceitos mais importantes o reconhecimento expresso do direito à capacidade civil.

Em seu art. 12, sob a rubrica de “reconhecimento igual perante a lei”, está designado que:



1. Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.
2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.
3. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.
4. Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.
5. Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.

Observe que a Convenção, em primeiro lugar, atribui à pessoa com deficiência personalidade jurídica e, em seguida, define o princípio da presunção de capacidade civil, ao estabelecer a “capacidade legal” em todos “os aspectos da vida”.

Conforme assinalado anteriormente, o Brasil é signatário da referida norma e não apenas isso, veio incorporá-la ao direito interno com hierarquia de emenda constitucional. E, na medida em que a capacidade civil estava subordinada ao disposto no Código Civil de 2002, através de sistemática anacrônica e nitidamente consubstanciada no modelo médico de deficiência, era imperativo que se procedesse a uma reforma legislativa a esse respeito, dando cumprimento aos novos mandamentos assentados na Convenção.

De sorte que a Lei Brasileira de Inclusão, ao dispor sobre a capacidade da pessoa com deficiência, apenas regulamentou o previsto na Convenção da ONU, ajustando a legislação ordinária ao disposto em norma de hierarquia superior, de natureza constitucional.

E, expressamente, a LBI estabelece a presunção geral de capacidade civil em relação às pessoas com deficiência, conforme previsto no art. 6º, *caput*, e no art. 84, que, respectivamente, consignam que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa” e que “a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”.

Antes de mais nada, é indispensável que esse novo preceito seja interpretado de forma sistemática, à luz da tábua axiológica instituída na norma em comento, em especial dos princípios gerais da igualdade e não discriminação, dignidade inerente e liberdade de fazer as próprias escolhas.

Façamos uma análise detida dos dispositivos legais citados, a fim de estabelecer o alcance da presunção geral de capacidade civil.

Os dispositivos utilizam as expressões “capacidade civil” e “capacidade legal” como sinônimos, indistintamente. Em nosso sentir, trata-se do instituto tradicional da capacidade civil e não de uma nova figura, supostamente aplicável tão somente às pessoas com deficiência. Uma análise detida da norma indica isso de forma clara, além do fato de a LBI ter expressamente modificado a redação dos artigos 3º e 4º do Código Civil, que estabeleciam os preceitos gerais da capacidade civil em nosso país.

Ademais, a presunção geral de capacidade civil diz respeito não apenas à capacidade de direito como também à capacidade de exercício. Ou seja, à pessoa com deficiência é assegurada a titularidade de direitos e também o exercício pessoal desses mesmos direitos, independentemente de representação ou assistência.

Como não há qualquer restrição na norma, o direito à capacidade civil alcança todas as pessoas com deficiência, não importando a natureza da limitação funcional: física, sensorial, mental ou intelectual.

Significa dizer que cadeirantes, cegos, surdos, pessoas com síndrome de Down, autistas etc. poderão, livremente, por si e independentemente de terceiros, celebrar contratos, elaborar testamento, realizar e receber pagamentos, casar, constituir união estável, decidir sobre planejamento familiar, realizar adoção, decidir sobre questões ligadas à saúde (cirurgia, tratamento médico etc.) e à educação etc.

Nesse sentido, é importante destacar que o rol de situações descritas no art. 6º da LBI, passíveis de realização pela pessoa com deficiência, é meramente exemplificativo, não tendo caráter exaustivo. Quer dizer, que a pessoa com deficiência tem assegurado o direito de decidir livremente sobre questões de ordem pessoal e patrimonial, por ser expressamente reconhecido como absolutamente capaz para todos os atos da vida civil.

Em certa medida, a sistemática recém-inaugurada estende à pessoa com deficiência presunção que já vigorava no direito brasileiro, no sentido de se presumir a capacidade civil. Tradicionalmente, a capacidade sempre foi a regra, enquanto a incapacidade era exceção e, por conseguinte, deveria ser provada. E a falta de capacidade dos maiores de idade estava subordinada à decisão judicial que assim a consignasse de forma expressa.

Todavia, contra a pessoa com deficiência, especialmente aquelas com deficiência mental ou intelectual, vigorava indevidamente o que podemos chamar de “presunção social de incapacidade”. Ou seja, pessoa maior de idade e que não havia sofrido restrição judicial em sua capacidade, era impedida de praticar atos do seu interesse em razão da equivocada percepção de que eventual limitação funcional, automaticamente, a impossibilitaria de tomar decisões conscientes acerca dos fatos da vida.

Não raro, por exemplo, adulto com síndrome de Down (sem ter sofrido interdição judicial), não obtinha habilitação no Cartório de Registro Civil para contrair matrimônio (ao arrepio da lei), a despeito da presença de discernimento para a prática do ato. Prevalencia o preconceito, baseado na falsa ideia de que deficiência e incapacidade seriam conceitos equivalentes.

Com a nova lei, essa situação não deverá se repetir, uma vez que se presume plenamente capaz toda e qualquer pessoa, ainda que eventualmente apresente alguma limitação funcional.

É necessário destacar que esse novo paradigma está assentado no reconhecimento da autonomia moral da pessoa com deficiência, por considerá-la apta a decidir por si mesma e se posicionar livremente, e com consciência, a respeito das questões do seu interesse.

É comum a confusão entre a eventual impossibilidade de se executar determinada função ou realizar pessoalmente alguma ação da possibilidade de tomar as próprias decisões. A pessoa com deficiência, em razão das barreiras sociais existentes, pode encontrar dificuldades para realizar determinados atos. Contudo, a autonomia moral, a capacidade de julgamento, de decisão, configura outra dimensão do ser, qualidade que a pessoa com deficiência ostenta como qualquer outra pessoa.

Nesse sentido, são esclarecedoras as palavras de Luis Miguel Del Águila (2015, p. 64):

Un error muy frecuente en el ámbito de la discapacidad, que proviene del sentido común, es entender la idea o concepto de “independência” (que es la razón o atributo principal de la vida independiente de las personas con discapacidad) en el sentido de “autossuficiência”, es decir, como aquella posibilidad o capacidade de hacer las cosas sin ningún tipo de apoyo o ayuda. Sabemos bien que este carácter de independência en el ámbito de la discapacidad tiene un sentido muy particular y es el que se refiere a la autonomía de la voluntad y a la capacidade de tomar decisiones propias, inclusive contando para ello con cualquier tipo de apoyo externo. Es decir, la necesidad que una persona con discapacidad pueda tener de algún tipo de apoyo o assistência en este sentido no compromete ni tiene por qué comprometer para nada la independência o autonomía de esa persona.

Portanto, a atual sistemática da LBI reconhece a autonomia moral da pessoa com deficiência e sua capacidade de tomar decisões, apesar de eventual dificuldade (ou impossibilidade, em casos extremos) para a realização de determinadas ações.

A respeito da presunção de capacidade civil plena em favor de toda pessoa com deficiência, importa enfrentar a seguinte questão: trata-se de presunção absoluta, *iure et de iure*, cuja regra não poderia ser excepcionada, ou, em realidade, seria o caso de presunção *juris tantum*, que, por conseguinte, admitiria prova em contrário? (BARIFFI, 2014, p. 312).

Dito de outro modo, é necessário verificar se é admissível a existência de limitações ou restrições ao direito à capacidade civil plena, em vista da presunção estabelecida na norma em comento.

Sob uma perspectiva estritamente formal, destaque-se que a própria LBI, expressamente, estabelece uma limitação e uma salvaguarda à capacidade de exercício da pessoa com deficiência, no art. 84, parágrafos 1º e 2º, respectivamente.

Embora não conste previsão textual nesse sentido, é certo que tais medidas estão direcionadas preponderantemente às pessoas com limitações funcionais de natureza mental e intelectual, posto que são essas que eventualmente ocasionam alterações no discernimento.

110

O novo instituto da decisão apoiada, previsto no art. 84, §2º, é voltado àquelas pessoas que apresentam discernimento reduzido e que, por essa razão, necessitam de auxílio para deliberar sobre assuntos do seu interesse. Neste caso, a autonomia moral da pessoa com deficiência é definida como um fim a ser alcançado, de modo que a presente medida objetiva exatamente proporcionar as condições necessárias para assegurar a capacidade de autodeterminação de alguém com discernimento reduzido. É medida que tem como fundamento a preservação da capacidade plena da pessoa com deficiência e não a sua limitação.

Os apoiadores, no caso, não substituirão a pessoa com deficiência na tomada de decisões, mas a auxiliarão. Não se trata, assim, de processo de substituição de vontade (típico da curatela), mas realmente de apoio, salvaguarda necessária para que a pessoa com deficiência continue a exercer seus direitos fundamentais em segurança e sem intermediários. Em suma, a presente medida é voltada de fato a resguardar direitos da pessoa com deficiência e não a restringi-los, como é próprio dos institutos de substituição na tomada de decisões.

Todavia, em situação rara e extrema de pessoa sem compreensão alguma dos fatos à sua volta, estando, desta forma, impossibilitada de expressar a vontade, será considerada

civilmente incapaz, devendo ser submetida à curatela, conforme o disposto no art. 84, §1º. Esta é a única hipótese de incapacidade prevista na LBI e para qual se admite a nomeação de curador.

E, ainda assim, é medida que limitará apenas os atos de natureza patrimonial e, mais importante, que impõe ao juiz o dever de consignar na sentença “as razões e motivações de sua definição”, conforme estabelece o art. 85, §2º. Ademais, como a capacidade de exercício é a regra, de acordo com a presunção estabelecida na própria LBI, a pessoa com deficiência estará impedida de praticar apenas os atos expressamente mencionados na decisão judicial, estando livre para realizar todos os outros que não forem expressamente citados.

O ponto mais relevante, todavia, é que a nova sistemática da LBI pressupõe que eventual limitação à capacidade de exercício (e a subsequente nomeação de curador) depende do cumprimento de rigoroso ônus probatório, vez que a decretação judicial de incapacidade está condicionada à prova cabal de que a pessoa não tem realmente discernimento para decidir por si a respeito da própria vida.

Em resumo, a presunção geral de capacidade de exercício da pessoa com deficiência, pelo exposto, tem caráter relativo, pois admite ser excepcionada. Quer dizer, cabe exceção à regra geral da capacidade civil plena. Todavia, essa limitação é concebida em uma única hipótese, sempre a partir de decisão judicial, que determinará os atos que o indivíduo estará impedido de praticar e que dependerão da representação por curador.

Além disso, como a limitação da capacidade civil poderá implicar em restrições ao exercício de direitos fundamentais, é medida que somente deverá ser adotada em último caso e de forma realmente excepcional (PALACIOS; KRAUT, 2014, p. 128).

É essencial frisar (e talvez seja esse o avanço mais significativo obtido pela LBI nessa matéria), entretanto, que tal limitação jamais poderá ser fundamentada na deficiência.

A LBI não estabelece um direito absoluto à capacidade de exercício em favor da pessoa com deficiência, mas um direito relativo, porém em igualdade de condições com as demais pessoas. Limitações são admitidas, mas nunca por motivo de deficiência (BARIFFI, 2014, p. 306).

O inverso representaria violação ao princípio da igualdade e da não discriminação previstos na LBI, art. 4º, §1º, caracterizando discriminação em razão da deficiência, que consiste em “toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos

direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas”.

Portanto, é falsa a percepção de que não seria admissível limitação ao direito à capacidade de exercício da pessoa com deficiência. Apenas essa garantia não poderá sofrer restrição por motivo relacionado à limitação funcional do indivíduo: surdez, cegueira, transtorno mental ou intelectual etc.

Com isso, a existência de laudo médico ou, como não raro ocorria, a mera identificação de se tratar de pessoa com deficiência, não permite excepcionar a presunção de capacidade civil plena.

Presumem-se civilmente capazes para tomar decisões e praticar atos e negócios jurídicos todas as pessoas com deficiência, exceto quando houver decisão judicial que expressamente restrinja tal direito e defina os motivos que embasam a limitação e os atos para os quais o indivíduo necessitará de representação. Ou seja, apenas decisão judicial (e desde que cumpra os requisitos descritos na LBI) poderá restringir o direito à capacidade de exercício.

Questão relevante é definir o fundamento que poderá permitir essa restrição, uma vez que, conforme exposto, a decisão judicial não mais poderá ser embasada na deficiência, sob pena de caracterizar discriminação. O simples laudo pericial que, de forma genérica, atesta o transtorno mental ou intelectual, não é bastante para fundamentar decisão dessa natureza. Enfim, qual elemento inerente à pessoa deverá ser objeto de análise a fim de decretar a incapacidade?

Tradicionalmente, faz-se uma análise apriorística da questão da capacidade civil e, lamentavelmente, sob um prisma médico (e não jurídico). Com o diagnóstico médico de transtorno mental ou intelectual, era regra a conclusão pela incapacidade, por presumir ausência de discernimento para tomada de decisões. E sempre de forma genérica, abstrata e com um olhar para o futuro. A partir do laudo médico, infere-se que o indivíduo não teria discernimento para a prática de nenhum ato ou exercício de qualquer função, independentemente de suas habilidades, do seu grau de discernimento e das especificidades do ato a ser pensado e/ou praticado.

Alerta Pietro Perlingieri que o uso de uma fórmula geral e abstrata pode reduzir o regime jurídico da incapacidade civil a mera ficção, uma vez que, em geral, eventual falta daquele considerado incapaz não é permanente e absoluta, mas ligada a setores, atrelada a certas esferas de interesse (PERLINGIERI, 2008, p. 779 e seguintes).

Há três problemas claros na análise que associa deficiência à incapacidade civil: a) capacidade é conceito jurídico e, portanto, não pode ficar adstrita à prova médica; b) a afirmação de equivalência entre transtorno mental ou intelectual e falta de discernimento não procede; c) a avaliação *a priori* e abstrata da questão, que desconsidera que a falta (ou redução) do discernimento tem uma clara relação com o ato a ser praticado especificamente e com o contexto das ações (BARIFFI, 2014, p. 316).

É necessário, antes de mais nada, entender que uma pessoa pode apresentar transtorno mental ou intelectual e preservar o necessário discernimento para a prática de todos (ou de alguns atos). Conforme alerta Bariffi (2014), a Organização Mundial de Saúde (OMS) assinala que a existência de um transtorno mental não importa, por si, a existência ou inexistência de discernimento para tomar decisões, e conclui que “la presencia de un transtorno mental no constituye el factor determinante y último del discernimento, y menos aún de la capacidad” (BARIFFI, 2014, p. 316).

O foco, portanto, deve ser não o transtorno mental, mas o discernimento ou sua falta (independentemente da causa). E, mais importante, de modo funcionalizado, à luz do caso concreto e das subjetividades da pessoa, das peculiaridades da sua vida e do contexto e da natureza das decisões que deverão ser tomadas.

Quer dizer que a análise da capacidade está diretamente atrelada às decisões que serão tomadas pela pessoa e aos atos que ela irá praticar, mediante estudo criterioso das reais exigências para a sua realização livre e segura. É avaliação, portanto, *a posteriori*, da vida real, jamais *a priori*, distante do cotidiano e submersa em formulações estritamente teóricas (e comumente preconceituosas).

É notável o avanço introduzido pela Lei Brasileira de Inclusão ao reconhecer, de forma expressa e, a fim de espantar qualquer dúvida, que a pessoa com deficiência, em igualdade de condições com as demais pessoas, tem capacidade plena de exercício. É passo fundamental para a consolidação da pessoa com deficiência como sujeito moral, dotada de autonomia e capaz de dirigir a própria vida.

Apenas uma visão paternalista conduz à equivocada conclusão de que proteção e ingerência na autonomia individual são termos sinônimos.

Com a LBI, finalmente, a pessoa com deficiência passa a ter assegurado, na esfera da legislação ordinária, o direito de fazer suas escolhas de vida, ainda que eventualmente equivocadas. Todavia, a possibilidade de cometer erros é da própria natureza humana e, assim, inerente a todas as pessoas, sendo uma esfera da vida que merece ser preservada.

É essencial que a pessoa com deficiência tenha acesso aos mesmos direitos assegurados às demais pessoas, por uma questão de justiça e de realização plena da cidadania.

## **CONCLUSÃO**

A mudança de paradigma no regime jurídico da capacidade civil não adveio exatamente com a Lei Brasileira de Inclusão, mas através da Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, que regulou a matéria sob uma nova perspectiva, reconhecendo a autonomia moral da pessoa com deficiência.

A Convenção já estabelecia a presunção geral de capacidade civil plena em relação a todas as pessoas com deficiência.

Na medida em que o Brasil é signatário do referido tratado internacional e, ainda, pelo fato dessa norma ter sido internalizada em nosso ordenamento jurídico com *status* de emenda constitucional, era imperativo que a legislação ordinária fosse adequada a essa nova ordem jurídica.

Nesse sentido, a LBI não estabeleceu apenas modificações pontuais no então vigente regime jurídico da capacidade civil, mas efetivamente imprimiu nova roupagem ao instituto, mediante a concretização dos princípios elencados na Convenção da ONU e a implementação de novos paradigmas, sendo o principal deles o reconhecimento expresso do direito à capacidade plena à pessoa com deficiência.

Significa que todas as pessoas com deficiência (não importando a natureza da limitação funcional) se presumem aptas para tomar decisões e praticar atos e negócios jurídicos na esfera civil.

Trata-se de capacidade de exercício, e não apenas capacidade para ser titular de direitos, cujo parâmetro é a igualdade de tratamento conferido a todas as demais pessoas.

Admite-se eventual limitação ao direito à capacidade, todavia apenas por meio de decisão judicial. Neste caso, a decisão deverá ser fundamentada e, mais importante, essa limitação deverá ser realizada em proveito da própria pessoa com deficiência.

Neste caso, a decisão judicial de forma alguma poderá ser fundamentada na deficiência, sob pena de configurar discriminação por motivo de deficiência. Tal limitação deverá sempre ser consubstanciada nas particularidades de cada caso e ter como base a falta de discernimento para o posicionamento a respeito de situações concretas e problemas reais da vida do indivíduo.



***THE PRESUMPTION OF LEGAL CAPACITY OF PERSONS WITH DISABILITIES IN BRAZILIAN ACT OF INCLUSION***

**ABSTRACT:** The present work discusses the new paradigm of presumption of legal capacity of persons with disabilities provided for in the Brazilian Inclusion Law. The new law ensures that each and every person with disabilities can exercise their legal capacity on a par with persons with no disabilities. The research describes the application of this law and verifies that this new system derives from the consolidation of the social model of disability settled in the UN Convention on the subject.

**Keywords:** Disability. Capacity. Person.

## REFERÊNCIAS

ABBERLEY, Paul. Trabajo, utópia e insuficiencia. In: BARTON, L. (Coord.). **Discapacidad y sociedad**. Madri: Ediciones Morata, 1998.

ÁGUILA, Luis Miguel del. La autonomía de las personas con discapacidad como principio rector. In: SALMÓN, Elizabeth; BREGAGLIO, Renata (Ed.). **Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**. Lima-Peru: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **Barrados - pessoas com deficiência sem acessibilidade: como, o que e de quem cobrar**. Petrópolis: KBR, 2011.

BARIFFI, Franciso José. **El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad**. Madrid: Ediciones Cinca, 2014.

BARNES, Colin. Las teorías de la discapacidad y los orígenes de la opresion de las personas discapacitadas en la sociedad occidental. In: BARTON, L. (Coord.). **Discapacidad y sociedad**. Madri: Ediciones Morata, 1998.

CERVERA, Ignacio Campoy. El reflejo de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. **Universitas Revista de Filosofía, Derecho y Política**, n. 1, 2004.

116

DINIZ, Débora. **Modelo social da deficiência: a crítica feminista**. Brasília. jul. 2003. Série Anis, v. 28.

HASLER, Frances. Vida independiente: visión filosófica. In: ALONSO, J. Vidal Garcia (Coord.). **El movimiento de vida independiente - experiencias internacionales**. Madri: Fundación Luis Vives, 2003.

LEITE, Glauber Salomão. O regime jurídico da capacidade civil e a pessoa com deficiência. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_; FERRAZ, Carolina Valença. Capacidade civil - fixação de novos paradigmas para a construção de um regime jurídico voltado à tutela da dignidade humana. In: EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). **Os 10 anos do Código Civil - evolução e perspectivas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos - ótica da diferença e ações afirmativas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVER, Mike. Una sociología de la discapacidad o una sociología discapacitada? In: BARTON, L. (Coord.). **Discapacidad y sociedad**. Madri: Ediciones Morata, 1998.

PALACIOS, Agustina. **El modelo social de discapacidad**: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Madri: Ediciones Cinca, 2008.

\_\_\_\_\_; BARIFFI, Francisco. **La discapacidad como una cuestión de derechos humanos** - una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Madri: Ediciones Cinca, 2007.

\_\_\_\_\_; KRAUT, Alfredo Jorge. Artículos 31 a 50. In: LORENZO, Miguel Federico de; LORENZETTI, Pablo (Coord.). **Código Civil y Comercial de la Nación comentado**. Buenos Aires-Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores, 2014.

\_\_\_\_\_; ROMANACH, Javier. **El modelo de la diversidad** - la bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional. Madri: Ediciones Diversitas, 2006.

---

117

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.